Der richterliche Eid.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Königl. vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

vorgelegt von

Hans Hartung.

Das Rigorosum bestanden am 30. Januar 1915.

Referent:
Professor Dr. phil. und Dr. iur. Langheineken.

Mit Einwilligung der Fakultät ist von der eingereichten Arbeit hier nur § 1 und der Anhang zu § 1 abgedruckt. Die vollständige Arbeit wird unter gleichem Titel als drittes Heft der „Abhandlungen zur Rechtswissenschaft und zu ihrer Methode“ im Verlag von Duncker & Humblot in München und Leipzig erscheinen.

Meinem Vater.

Meinem hochverehrten Lehrer Herrn Professor Dr. Langheineken (Halle a. S.) sage ich auch an dieser Stelle für die weitgehende Förderung bei der Anfertigung der Arbeit herzlichen Dank.

Stoffeinteilung.

Seite

§ 1. Die richterlichen Initiativrechte bei der Stoffsammlung im Gegensatz zu den richterlichen Offizialrechten . . . . . 1—29

Die Herbeischaffung des Beweismaterials ist grundsätzlich Sache der Parteien. Nur in einzelnen besonders hervorgehobenen Fällen kann das Gericht ex officio, losgelöst von jeder Beschränkung, Beweisstoff sammeln. Zwischen diesen beiden Kategorien, den reinen Parteirechten und den unumschränkten Offizialrechten, steht eine dritte Gattung: nämlich die Initiativrechte. Dies sind richterliche Rechte auf dem Gebiete der Stoffsammlung, die an dem entgegengesetzten, ausdrücklichen und übereinstimmenden Parteiwillen ihre Schranke finden.

Anhang: Von den Reformbestrebungen auf dem Gebiete des Zivilprozeßrechts . . 29—35

Bei der Ausgestaltung, die die Dispositionsmaxime durch die dem Gericht gewährten Initiativrechte erfahren hat, erfüllt die geltende Zivilprozeßordnung ihre Aufgabe. Auch das Mündlichkeitsprinzip ist nicht schrankenlos im Gesetz aufgenommen, sondern durchaus brauchbar ausgestaltet.

§ 2. Die Befugnis, auf einen richterlichen Eid unter bestimmten Voraussetzungen erkennen zu können, ein Initiativ-, kein Offizialrecht . . . . . 35—46

§ 475 gibt dem Gericht kein Offizial-, sondern nur ein Initiativrecht, durch dessen Ausübung es im Rahmen der Dispositionsmaxime auf eine materiell richtige Entscheidung hinwirken soll. Folgerungen: 1. Der richterliche Eid kann der Partei nicht gegen ihren ausdrücklichen Willen auferlegt werden. 2. Der richterliche Eid hat subsidiären Charakter.

Seite

§ 3. Die Bedeutung der Beweislast und der Beweisergebnisse für die Zulässigkeit der Auferlegung eines richterlichen Eides . . . . . 46—58

Voraussetzung für die Auflage eines richterlichen Eides ist das Vorhandensein eines unvollständigen Hauptbeweises. Dieser kann aus den Verhandlungen und einer Beweisaufnahme oder aus den Verhandlungen allein gewonnen werden.

§ 4. Die Bedeutung der Beweislast und der Beweisergebnisse für die Auswahl des Juraturus . . . . 58—64

Ist nur ein unvollständiger Hauptbeweis vorhanden, so kann allein dem Beweisbelasteten ein richterlicher Eid auferlegt werden. Ist sowohl ein unvollständiger Haupt-, als auch ein unvollkommener Gegenbeweis vorhanden, so kann unter Außerachtlassung der Beweislastverteilung der einen oder der anderen Partei ein Eid zugebilligt werden. Derjenigen Partei ist bei dieser Prozeßlage der Eid zuzusprechen, zu deren Gunsten der meiste Überzeugungsstoff vorhanden ist. Nicht bloß die Vertrauenswürdigkeit, sondern gleichzeitig auch das übrige Beweisergebnis ist bei der Auswahl heranzuziehen. Vor der Eidesauflage ist stets das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen. Bei der Auswahl der Partei sind der Hauptbeweis und der Gegenbeweis selbständig zu würdigen, nicht etwa voneinander abzuziehen.

§ 5. Der richterliche Eid stets ein Tatsacheneid . . . 64—68

§ 445 gilt für den richterlichen Eid nicht. Der richterliche Eid ist stets ein Tatsacheneid. In die Eidesformel sind möglichst nur einfache Tatsachen aufzunehmen. Der Eid kann auch über hypothetische innere Vorgänge auferlegt werden. Der Eid ist auf die Tatsache zu beschränken, deren voller Beweis dem Richter noch fehlt.

§ 6. Der grundsätzliche, aber nicht uneingeschränkte Vorrang des richterlichen Eides vor dem Schiedseid 68—75

Der richterliche Eid geht grundsätzlich dem Schiedseid vor. Dagegen geht der Schiedseid dem richterlichen Eide vor, wenn beide Eide übereinstimmen. Die Auflage eines richterlichen Eides ist unmöglich, wenn bei bloßem Vorhandensein eines unvollkommenen Gegenbeweises der Beweispflichtige dem Gegner einen Eid zugeschoben hat.

Seite

§ 7. Das dem richterlichen Eide und dem Schiedseid Gemeinsame . . . . . 75—85

Die Fassung des Noteides und des Schiedseides liegt dem Richter ob. Beide Eide sind in der Hand des Richters subsidiäre Beweismittel. Sie sind formale Beweismittel. Vor der Auflage eines Schiedseides ist die Verteilung der Beweislast stets, vor der Auflage eines richterlichen Eides häufig zu prüfen. Auch der unter den Voraussetzungen des § 461 I auferlegte Schiedseid ist kein Kompromißeid; die Verteilung der Beweislast ist auch bei der Auflage des Schiedseides nach § 461 I zu berücksichtigen. Ebenso ist der nach § 450 auferlegte Eid kein Vergleichseid; vielmehr steht er dem richterlichen Eide nahe. Einen ähnlichen Übergang zum richterlichen Eide bildet der nach § 472 II 2 auferlegte Schiedseid. Im Falle des § 472 II 1 wird der Schiedseid zum materiellen Beweismittel. § 472 II 1 kann auf den richterlichen Eid nicht ausgedehnt werden.

§ 8. Die entsprechende Anwendung der §§ 457—471, 473 auf den richterlichen Eid und die Anwendung des § 476 . . . . . 86—108

Die §§ 445—456 finden auf den richterlichen Eid keine Anwendung. Die entsprechende Anwendung der §§ 457, 470, 471 II und III in Verbindung mit § 477 II. § 458 ist auf den richterlichen Eid unanwendbar. § 459 hat uneingeschränkte Anwendung zu finden. Zur Auslegung des § 459 II insbesondere. Die §§ 460 und 461 sind nach Maßgabe des § 477 III anwendbar. Die §§ 462—469 finden unverändert Anwendung. Die §§ 471—473 sind entsprechend anzuwenden. An Stelle der §§ 472—474 tritt § 476.

§ 9. Der richterliche Eid im Beschlußverfahren und in besonderen Verfahrensarten . . . . . 109—110

Der richterliche Eid ist im Beschlußverfahren anwendbar. Doch kann er nur durch bedingten Endbeschluß auferlegt werden. Ausgeschlossen ist die Anwendung des richterlichen Eides im Urkunden- und Wechselprozeß und im Endmündigungsverfahren.

Seite

§ 10. Die Anwendbarkeit des richterlichen Eides zum Beweise der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte . . . . . 111—117

Der richterliche Eid kann zum Beweise der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte dienen. Die Beweisregel des § 464 II macht den richterlichen Eid im Offizialverfahren durchaus nicht untauglich.

§ 11. Die richterliche Befugnis, auf einen Schätzungseid unter bestimmten Voraussetzungen erkennen zu können, ein Initiativ-, kein Offizialrecht. Der Schätzungseid ein richterlicher Eid . . . 117—128

§ 287 I 3 erweitert die dem Gericht nach § 286 I zustehende freie Beweiswürdigung. Nach § 287 I 2 kann das Gericht unter Abschneidung von Beweisantretungen die Begutachtung durch Sachverständige anordnen. Dagegen gibt § 287 I 3 dem Gericht kein Offizial-, sondern nur ein Initiativrecht. Folglich hat der Schätzungseid subsidiären Charakter und kann der Partei nicht gegen ihren ausdrücklichen Willen auferlegt werden. Die Auflage eines Schätzungseides setzt ebenfalls einen unvollkommenen Hauptbeweis voraus. Der Schätzungseid ist stets in die Überzeugungsform zu kleiden. Er ist ein reiner richterlicher Eid; die §§ 476 und 477 finden daher auf ihn Anwendung.

Literatur.

1. Werke der allgemeinen Zivilprozeßliteratur.

Bolgiano: Handbuch des Reichs-Civil-Prozeßrechts. Allgemeiner Teil. Stuttgart 1879.

Fitting: Der Reichszivilprozeß. 12. u. 13. Auflage. Berlin 1907.

Fitting: Zur Auslegung der Reichs-Civilprozeßordnung. Im Archiv für die Civilistische Praxis Band 61 S. 403 fg.

Hellmann: Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechtes. München 1886.

Hellwig: System des Deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Teil. Leipzig 1912.

Kleinfeller: Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts. Berlin 1905.

Neukamp: Handkommentar zur Zivilprozeßordnung nebst dem Einführungsgesetz. Leipzig 1911.

Planck, J. W.: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts Band II. München 1896.

Schmidt, Richard: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Auflage. Leipzig 1906. Mit Nachtrag 1910.

von Seuffert, L.: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 11. Auflage. München 1910.

Skonietzki-Gelpcke: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich. Bd. I. Berlin 1911.

Stein-Gaupp: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. I: 10. Auflage. Tübingen 1911. Bd. II: 8. u. 9. Auflage 1908.

Wach, Adolf: Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung. 2. Auflage. Bonn 1896.

Wach, Adolf: Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung. In der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 329 fg.

Wach, Adolf: Grundfragen und Reform des Zivilprozesses. Berlin 1914.

Weismann, Jakob: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes. Bd. I. Stuttgart 1903.

Wetzell, Georg Wilhelm: System des ordentlichen Civilprozesses. 3. Auflage. Leipzig 1878.

2. Monographien.

Birkmeyer: Das Offizialverfahren im Zivilprozeß. In der Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß, begründet von Busch, Bd. VII S. 155 und 375 fg.

Bolgiano: Im Archiv für die Civilistische Praxis Bd. 58 S. 276 fg.; Bd. 59 S. 205 fg. In der Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß, begründet von Busch, Bd. 2 S. 101 fg.; Bd. 11 S. 275 fg.; Bd. 18 S. 340 fg.

Brettner: Betrachtungen zur Civilprozeßordnung. In der Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß, begründet von Busch, Bd. 3 S. 329 fg.

Fitting: Über die Folgen von Mängeln des Verfahrens. Ebenda Bd. 11 S. 1 fg.

Hoffmann: Der Eidesbeweis des § 426 der CPO., insbesondere der vereinbarte Eid und der Eid über selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. 27 S. 177 fg.

Jastrow: Die Restitutionsklage gegen Purifikationsurteile des Reichsgerichts. Im Archiv für die Civilistische Praxis Bd. 68 S. 386 fg.

Kleinfeller: Der Thatsacheneid nach § 410 der Deutschen Civilprozeßordnung. In der Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß, begründet von Busch, Bd. 16 S. 227 fg.

Kuhn: Bemerkungen zu § 437 der Deutschen Zivilprozeßordnung. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. 26 S. 38 fg.

Langenbeck: Über das Wesen der Notorietät und ihre Bedeutung im Zivilprozeß. In der Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß, begründet von Busch, Bd. 4 S. 470 fg.

Laubhardt: Ist ein richterlicher Eid auch dann aufzuerlegen, wenn er voraussichtlich ohne Einfluß auf die Überzeugung des Gerichts ist? In der Juristischen Wochenschrift 1913 S. 10 fg.

Levin, L.: Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei in Theorie und Praxis. Berlin 1913.

Link: Ist ein richterlicher Eid auch dann aufzuerlegen, wenn er voraussichtlich ohne Einfluſs auf die Überzeugung des Gerichts ist? In der Juristischen Wochenschrift 1913 S. 465 fg.

Meyer, H.: In welchen Fällen ist nach der Civilprozeßordnung der Erlaß eines Versäumnisurteils zulässig? In der Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß, begründet von Busch, Bd. 9 S. 305 fg.

Nöldeke: Die Beschwerde gegen Kostenurteile. In der Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß, begründet von Busch, Bd. 28 S. 430 fg.

Nöldeke: Auferlegung eines Eides im Beschwerdeverfahren durch Beschluß. Ebenda Bd. 29 S. 501 fg.

Pagenstecher, Max: Nochmals: Die praktische Bedeutung des Streites über die Rechtskraft. In der Rheinischen Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht. Sechster Jahrgang S. 489 fg.

Peschel: Der richterliche Eid mit besonderer Berücksichtigung der oberstrichterlichen Rechtsprechung. Heidelberger Dissertation 1909.

Rocholl: Die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und ihre Grenzen. In der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch, Bd. 10 S. 285 fg.

Rosenberg, Leo: Die Beweislast nach der Civilprozeßordnung und dem bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1900.

Schneider, K.: Über richterliche Ermittelung und Feststellung des Sachverhalts im Civilprozesse. Leipzig 1888.

Siegel: Die Vorlegung von Urkunden im Prozeß. Jena 1904.

Trutter: Bona fides im Civilprozesse. München 1892.

Ude: Freie Beweiswürdigung und freies richterliches Ermessen (zu §§ 259 und 260 etc. der C.P.O.). In der Zeitschrft für Deutschen Civilprozeß, begründet von Busch, Bd. 6 S. 419 fg.

Vierhaus: Die Praxis des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Civilprozeßrechts. Ebenda Bd. 5 S. 57 fg.

Wielich: Die Voraussetzungen des richterlichen Eides. Erlanger Dissertation 1908.

Zinserling, Martin: Der richterliche Eid. Jenaer Dissertation 1909.

3. Entscheidungssammlungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Seuffert, J. A.: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Entscheidungen in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Entscheidungen in der Juristischen Wochenschrift.

4. Gesetzesmaterialien.

Code civil.

Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund. Berlin 1869.

Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877. Herausgegeben von C. Hahn. 1. und 2. Abteilung. Berlin 1880.

Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes. Berlin 1869.

Die ohne Zusatz angeführten Paragraphen sind Paragraphen der Civilprozeßordnung.

§ 1.

Die richterlichen Initiativrechte bei der Stoffsammlung im Gegensatz zu den richterlichen Offizialrechten.

Der Zivilprozeß beschäftigt sich mit „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ (§ 13 GVG.), er dient der Verwirklichung des Privatrechts. Ein unmittelbares Interesse wie an der Durchführung des Strafrechts hat der Staat an der Verwirklichung des Privatrechts nicht; dem Staat in seiner öffentlichrechtlichen Stellung entspringen keine subjektiven Rechte aus der Privatrechtsordnung. Dagegen ist der Staat daran interessiert, daß das aus seiner Privatrechtsordnung dem Einzelnen zustehende subjektive Recht verwirklicht werde, wenn das einzelne Rechtssubjekt sein Recht durchgesetzt wissen will. Der Staat gewährt Rechtsschutz. Aber immer nur soweit reicht das Interesse des Staates an der Verwirklichung des Privatrechtes, als die Parteien über ihr Recht streiten und von dem Staat die Schlichtung des Streites begehren[1]. Aus der verschiedenen Stellung, die der Staat dem Privatrecht und dem Strafrecht gegenüber einnimmt, ergibt sich zwar nicht begrifflich, daß die Ordnungen, die der Durchführung des Privatrechts und des Straf-

[1] Über den Rahmen des Themas geht es hinaus, näher in eine Erörterung des Streites einzutreten, ob der Zivilprozeß ebenso wie der Strafprozeß die uneingeschränkte materielle Wahrheit zu ergründen hat oder nicht.

rechts dienen, in ihren Grundzügen, insbesondere in der Stellung, die sie dem Gericht bei der Stoffsammlung geben, auseinandergehen müssen. Es ist nicht begrifflich notwendig, aber zweckmäßig, daß im Zivilprozeß die Dispositionsmaxime vorherrscht, während im Strafprozeß die Offizialmaxime am Platze ist. Es ist zweckentsprechend, daß der Einzelne die Verfügungsfreiheit über sein Recht, die er außerhalb des Prozesses hat, auch innerhalb des Prozesses nicht ganz verliert. Wie ist nun in der geltenden Zivilprozeßordnung die Dispositionsmaxime ausgestaltet, welche Stellung nimmt insbesondere das Gericht bei der Stoffsammlung grundsätzlich ein?

Die Beantwortung dieser Frage ist für die Auslegung des § 475 von großer Bedeutung.

Im Zivilprozeß sind die Parteien die Herren.

Sie bestimmen den Prozeßlauf. Ne procedat iudex ex officio. Der Rechtsstreit in ordinario beginnt mit der Klageerhebung, mit der Zustellung der Klageschrift an den Gegner. (§ 253.) Die Parteien können das Ruhen des laufenden Verfahrens, die Aufhebung oder Verlegung von Terminen vereinbaren (§§ 251, 227); die Verlängerung und Verkürzung von Fristen ist, von Ausnahmen, z. B. den Notfristen, abgesehen, in ihre Hand gegeben. (§ 224.) Ohne Zustimmung des Gerichts können sie jederzeit das Verfahren beendigen, unter Umständen genügt dazu sogar der Wille der einen Partei allein: Der Kläger kann ohne Einwilligung des Gegners die Klage bis zur mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurücknehmen (§ 271 I); auch die Zurücknahme der Berufung, der Revision, des Einspruchs kann bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des

Gegners einseitig erfolgen. (§§ 515, 566, 346). Nicht einmal das verkündete Endurteil — dasselbe gilt von den Zwischenurteilen, die hinsichtlich der Anfechtbarkeit den Endurteilen gleichgestellt sind (§§ 275 II, 304 II) — kann wider den Willen der Parteien rechtskräftig werden, es bedarf der Zustellung seitens der Partei. (§§ 516 I, 317 I).

Soweit bei der Zustellung das amtsgerichtliche Verfahren von dem landgerichtlichen abweicht (vgl. die §§ 496 I, 508 I, 699 I), ist darin keine Beschränkung der Verhandlungsmaxime zu sehen, der Zustellungswille der Partei wird hier überall vermutet und ausgeführt. Übrigens bleibt die Zustellung des Urteils auch hier der Partei selbst vorbehalten. (§ 496 I.) Der Partei selber ist es überlassen, ob das Urteil Rechtskraft erlangen soll oder nicht. Auch die Zustellung des Versäumnisurteils erfolgt im Parteibetriebe, nur tritt hier die Vermittlung des Gerichtsschreibers kraft Gesetzes ein, ohne daß eine Anregung der Partei erforderlich ist. (§ 508 I.) Jedoch kann die Partei erklären, das Urteil selbst oder überhaupt nicht zustellen zu wollen.

Auch in dem Verfahren in Ehesachen, in dem der Offizialmaxime im weiteren Umfange Raum gegeben ist, werden nur die Urteile von Amtswegen zugestellt, durch die auf Scheidung oder Nichtigkeit der Ehe erkannt ist. (§ 625.) Hier kann es nicht den Parteien überlassen und in der Schwebe bleiben, ob diese einschneidende Entscheidung Rechtskraft erlangen soll oder nicht. Alle anderen Urteile dagegen, also alle Klagabweisungsurteile, werden auch im Eheverfahren nur im Parteibetrieb zugestellt. Dies ist im Hinblick auf § 616 von Bedeutung. Ist das Urteil nicht rechtskräftig, so kann die Partei

dagegen immer noch Berufung einlegen und in der Berufungsinstanz neue Tatsachen als Begründung ihres Antrages auf Ehescheidung vorbringen, die sie schon vorher geltend machen konnte, deren Geltendmachung sie also bei Rechtskraft des Urteils verwirkt hätte.

Die Parteien bestimmen den Prozeßinhalt. Das Gericht hat nur über den von den Parteien bestimmten Klaggegenstand zu erkennen. Ne eat iudex ultra petita partium. (§ 308.) Die Parteien können den Klaggegenstand, die Klage ändern. (§ 264.) Aber nicht nur den Prozeßgegenstand, sondern auch, was hier besonders interessiert, seine tatsächliche Grundlage erhält das Gericht aus den Händen der Parteien durch ihre Behauptungen, Bestreitungen und Beweisantretungen. Judex iudicet secundum allegata et probata partium, non secundum suam conscientiam. (arg. §§ 282, 286.) Zugestandene oder auch nur nicht bestrittene Behauptungen hat das Gericht bei seiner Entscheidung als wahr zu behandeln (§§ 288, 138 II, 331 I), mit Ausnahme der „offenkundigen" Tatsachen. (§ 291.) Hier ist das Gericht, mögen sie bestritten oder unbestritten sein, nicht an den Parteiwillen gebunden. Alle übrigen bestrittenen Tatsachen bedürfen des Beweises, und zwar werden die zu benutzenden Beweismittel dem Gericht von den Parteien gebracht. (§ 282.) Andere darf es grundsätzlich nicht heranziehen, selbst wenn ihm solche bekannt sind oder im Laufe des Prozesses bekannt werden.

Ein einfaches Beispiel hierfür: Der Kläger könnte für die Wahrheit seiner bestrittenen Behauptung als Zeugen nur X anführen. Andere materielle Beweismittel hat er nicht. Diesen Zeugen aber will er aus persönlichen, materiell belanglosen Gründen, die er klarlegt, in den

Rechtsstreit nicht hineingezogen wissen, sondern schiebt dem Gegner den Eid zu. Dem Gericht ist also hier das Beweismittel bekannt geworden, mit dessen Benutzung es wohl zu einer materiell richtigen Entscheidung kommen würde. Es darf aber zwecks Ermittlung des wahren Sachverhalts X nicht als Zeugen vernehmen, sondern muß auf den Eid erkennen.

Im Bürgerlichen Recht besteht der Grundsatz der Formfreiheit für Rechtsgeschäfte. Es bleibt den Rechtssubjekten überlassen, für Beweismittel zum Beweise ihrer Rechte zu sorgen. Es steht in ihrem Belieben, die ihnen zur Verfügung stehenden Beweismittel in einem anhängigen Rechtsstreite zu benutzen oder nicht. Dem Gericht sind Inquisitionsrechte grundsätzlich versagt.

In einzelnen Punkten dagegen hat das Gericht das Recht, über die Beweisantretungen der Parteien hinaus den wahren Sachverhalt zu erforschen. Dies ist jedoch im Gesetz stets ausdrücklich hervorgehoben. In allen diesen Fällen sind besondere Gründe vorhanden, aus denen heraus dem Gericht die Offizialbefugnis beigelegt ist. Meist würde es gegen das öffentliche Interesse verstoßen, wenn das Gericht hier auf das Parteivorbringen beschränkt wäre:

So bestimmt § 3:

„Der Wert des Streitgegenstandes wird von dem Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt; dasselbe kann eine beantragte Beweisaufnahme, sowie von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen."

Das Gericht kann „von Amtswegen", selbst gegen den Willen der Parteien, die Einnahme des Augenscheins, die Begutachtung durch Sachverständige an-

ordnen. Der Grund für diese Befugnis: Der festgesetzte Streitwert bildet die Grundlage für die Berechnung der Gerichtskosten. Im öffentlichen Interesse liegt es aber, daß diese Kosten in der richtigen, nicht etwa in einer geringeren Höhe erhoben werden. Weiter hängt von dem Wert bei Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche (§ 546) die Zulässigkeit der Revision ab. Sie soll nicht durch zu hohe Wertangabe künstlich geschaffen werden können.

§ 287 I 1 und 2 lautet:

„Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei, oder wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen."

Das Gericht kann „von Amtswegen", also unter Abschneidung[1] sonstiger Beweisantretungen hier den Sachverständigenbeweis anordnen. Dieses Recht ist zur Abkürzung und Vereinfachung dem Gericht gegeben in Anbetracht dessen, daß häufig die Entstehung und die Höhe eines erlittenen Schadens doch nicht von den Parteien voll nachgewiesen werden kann.

Nach § 437 II kann das Gericht, „wenn es die Echtheit für zweifelhaft hält, auch von Amtswegen die

[1] Dagegen soll durch die Worte „von Amtswegen" an dieser Stelle nicht zum Ausdruck kommen: das Gericht könne selbst wider den ausdrücklichen und übereinstimmenden Willen der Parteien hier den Sachverständigenbeweis anordnen. Das Nähere siehe in § 11. Vgl. auch Seite 20 fg.

Behörde oder die Person, von welcher die Urkunde errichtet sein soll, zu einer Erklärung über die Echtheit veranlassen."

Dieses Untersuchungsrecht ist dem Gericht eingeräumt, weil es von Wichtigkeit für die Allgemeinheit ist, daß mit der Form der öffentlichen Urkunde kein Mißbrauch getrieben werde. Das Gericht muß wegen der allgemeinen Bedeutung dieser Urkunden das Recht haben, unabhängig von der Parteidisposition ihre Echtheit nachzuprüfen, wenn es sie für zweifelhaft hält.

Weiter ist hier heranzuziehen § 622 I:

„Zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe kann das Gericht Tatsachen, welche von der Partei nicht vorgebracht sind, berücksichtigen und die Aufnahme von Beweisen von Amtswegen anordnen."

Dieses Wahrheitserforschungsrecht bedeutet zugleich eine Pflicht und ist aufgestellt, weil der Staat ein Interesse an der Erhaltung der bestehenden Ehen hat. Der Ehebund ist der freien Disposition der Gatten entzogen. Die Ehe darf nur dann geschieden werden, wenn ein gesetzlicher Grund hierfür tatsächlich vorhanden ist.

Nach § 653 I hat „das Gericht unter Benutzung der in dem Antrag angegebenen Tatsachen und Beweismittel von Amtswegen die zur Feststellung des Geisteszustandes erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die erheblich erscheinenden Beweise aufzunehmen."

Der Grund für diese Vorschrift liegt auf der Hand: Die Entmündigung soll nur dann stattfinden, wenn sie nach den wahren Umständen erforderlich ist. Die Allgemeinheit hat — bei Geisteskranken insbesondere auch

im Hinblick auf das Strafrecht — ein Interesse daran, daß es nur dann geschieht und geschehen kann. (Vgl. weiter die Verweisungen der §§ 670 I, 679 IV, 680 III, 684 IV, 685 und 686 IV.)

Im Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung hat das Gericht „unter Benutzung der in dem Antrag angegebenen Tatsachen und Beweismittel von Amtswegen die zur Feststellung des Sachverhaltes erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen." (§ 968.)

Auch diese Vorschrift trägt dem öffentlichen Interesse Rechnung. „Das Gericht hat die Todeserklärung nur auszusprechen, wenn die zur Begründung derselben erforderlichen Tatsachen für erwiesen erachtet werden." (§ 970 I.) Die Parteidisposition kann auf die Tatsachenfeststellung keinen Einfluß haben. Die Todeserklärung ist nicht bloß von Bedeutung für die am Verfahren Beteiligten, sondern auch für Dritte. Insbesondere aber hat für die für tot zu erklärende Person, die vielleicht gerade nur abwesend und dadurch verhindert ist, ihre Sache zu führen, die zu erlassende Entscheidung die höchste Bedeutung. Es ist unumgänglich nötig, daß in diesem Verfahren unabhängig von Beweisantretungen der wahre Sachverhalt ermittelt wird, bevor die Todeserklärung ergeht. (Vgl. weiter die Verweisung des § 975.)

Auch durch die §§ 952 III, 986 III ist dem Gericht im Aufgebotsverfahren ein von den Beweisantretungen der Parteien unabhängiges Ermittlungsrecht eingeräumt. Zwar ist das Offizialrecht nicht durch die Worte „von Amtswegen" kenntlich gemacht; dieser besonderen Hervorhebung bedarf es aber an dieser Stelle nicht, da hier

die Dispositionsmaxime überhaupt aufgehoben und dem Gericht allgemein ein freies Ermittlungsrecht eingeräumt wird.

Aus der Hervorhebung nun des Offizialrechtes für jeden der einzelnen Fälle, soweit die Dispositionsmaxime herrscht, ergibt sich unzweifelhaft, daß im ordentlichen Verfahren dem Gericht ein Wahrheitserforschungsrecht im allgemeinen nicht zusteht. Vielmehr ist das Gericht grundsätzlich an die Beweisantretungen der Parteien gebunden.

Es hieße aber die Stellung des Gerichts verkennen, wollte man meinen, im Rechtsstreite dürften allein die Parteien aktiv werden, das Gericht habe nur der Initiative der Parteien nachzugehen. Der Richter hat nicht bloß als Zuschauer stumm dazusitzen, mit Aufmerksamkeit das Drama, das die Parteien aufführen, zu verfolgen und schließlich darüber sein Votum abzugeben. Auf welche Irrwege würde mancher Prozeß kommen, wann würde mancher sein Ende erreichen, wenn nicht das Gericht die Zügel in feste Hand nähme, den Prozeß geschickt und zielbewußt leitete! Das Gericht (und in erster Linie der Vorsitzende) hat weitgehende Prozeßleitungsbefugnisse. Der Inhalt der Verhandlungsmaxime ist lediglich der: Die Parteien bestimmen den Prozeßlauf an sich, den Prozeßgegenstand und die sachliche Urteilsgrundlage.

Aber auch für die Stoffsammlung ist das Gericht mit verantwortlich. Ihre richtige Ausgestaltung erhält die Verhandlungsmaxime erst durch die §§ 139, 141 bis 144. Sie haben eine grundsätzliche Bedeutung[1]. Aus

[1] In diesem Ausgangspunkte ist Wach, Vorträge, S. 79 wohl nicht zu folgen, der diesen Vorschriften eine grundlegende Be-

ihnen ergibt sich, daß auch bei der Stoffsammlung das Gericht eine umfassende Tätigkeit zu entfalten hat. Zum Unterschiede von den soeben aufgeführten Vorschriften, die dem Gericht ein freies Forschungsrecht geben, enthalten aber die §§ 141—144 nicht die Worte „von Amtswegen", es heißt nur: „Das Gericht kann anordnen". Durch das Weglassen der Worte „von Amtswegen" kommt zum Ausdruck, daß das hier dem Gericht gegebene Ermittlungsrecht nicht unbegrenzt ist. Es findet seine Schranke an dem entgegengesetzten Parteiwillen. Die Partei hat das Recht, zu erklären, daß irgendein Beweismittel, z. B. irgendein Zeuge oder Augenscheinsobjekt, in den Prozeß nicht hineingezogen werden soll. Im Rahmen der Parteidisposition aber hat das Gericht überall aus eigener Initiative zu handeln, es hat die Parteien unmaßgeblich anzuregen. Der Zivilrichter hat eine viel umfangreichere Initiativtätigkeit zu entfalten als der Strafrichter, dem meist der Staatsanwalt, die beamtete Partei, durch seine Anträge die Wege weist.

Dem Fehlen der Worte „von Amtswegen" wird mancher nicht die geringste Bedeutung beilegen. Auf den ersten Blick mag es scheinen, daß das Fehlen dieser Worte der reine Zufall sei. Viele halten ja die Befugnisse, die dem Gericht in den §§ 139, 141—144 gegeben sind, für Offizialrechte, in deren Ausübung das Gericht unbeschränkt ist, die die Dispositionsmaxime durchlöchern. Hören wir die Motive[1]:

---

deutung abspricht. Indessen im Ergebnis stimmt er mit der hier vertretenen Anschauung überein.

[1] Hahn S. 215.

„Als Mittel, um auf eine erschöpfende Erörterung der Sache hinwirken zu können, räumt dem Vorsitzenden — und dem Gericht — der § 126 ein umfassendes Fragerecht ein. Recht und Pflicht sind Korrelate. Überzeugt sich der Vorsitzende oder das Gericht, daß zur Ausübung des Fragerechts Veranlassung gegeben ist, so sind sie verpflichtet, die Frage zu stellen, wenngleich die Unterlassung den Parteien keinen Grund zur Beschwerde gibt. Ein Präjudiz für die Nichtbeantwortung einer gestellten Frage hat der Entwurf nicht aufgestellt, vielmehr dem Gericht überlassen, nach freier Überzeugung zu entscheiden, welche Folgerungen aus der Nichtbeantwortung der gestellten Frage zu ziehen sind. Der Entwurf hat ferner Bedenken getragen, dem Gericht die Befugnis beizulegen, das persönliche Erscheinen der Parteien zum Zwecke ihrer Befragung anzuordnen. Der Zwang, persönlich zu erscheinen, involviert einen Eingriff in die persönliche Freiheit, in die Dispositionsrechte der Parteien, er würde daher nur gerechtfertigt sein, wenn er von erheblichem praktischen Nutzen wäre. Ein Bedürfnis, die Parteien selbst zu befragen, kann nur in seltenen Fällen hervortreten. Die freie Beweiswürdigung gewährt dem Gericht ein Mittel, welches rascher und einfacher zum Ziele führt als die mit der Durchführung des Erscheinungszwangs verbundene umständliche und zeitraubende Prozedur. Auch würde das Gericht in Anwaltsprozessen einem tüchtigen, zuverlässigen Anwaltsstande gegenüber nur ungern zu der fraglichen Maßregel greifen, da dieselbe leicht den Schein erweckt, daß sie durch das Mißtrauen gegen den die Partei vertretenden Anwalt

hervorgerufen sei. Überdies bietet die Vorschrift des § 258 (Sühneversuch — jetzt § 296) die Möglichkeit, die direkte Befragung der Parteien herbeizuführen . . .

Das Fragerecht wird vielfach nicht ausreichend sein, das Sachverhältnis klarzustellen. Es sind daher dem Gericht in den §§ 127—129 weitere Befugnisse beigelegt, welche in gleicher Weise wie das Fragerecht darauf abzielen, dem Gericht die für seine Entscheidung notwendige Grundlage zu verschaffen, Befugnisse, welche in wesentlicher Übereinstimmung auch die neueren Prozeßgesetze und Prozeßgesetzentwürfe gewähren."

Daraus geht hervor, daß die Verfasser der Entwürfe keineswegs in den jetzigen §§ 139, 141—144 dem Gericht ein schrankenloses Inquisitionsrecht haben geben wollen; das wäre in den Motiven besonders und klar hervorgehoben worden, wie es bei anderen Gelegenheiten geschehen ist. Die Dispositionsmaxime soll durch jene Vorschriften nicht aufgehoben, sondern ausgestaltet werden. Es ist kein Zufall, daß hier die Worte „von Amtswegen" fehlen. Dadurch kommt zum Ausdruck, daß es sich hier nur um Initiativ-, nicht um Offizialbefugnisse handelt. Ein Offizial-(Inquisitions)-recht darf man nach der Struktur der Zivilprozeßordnung nur da annehmen, wo es besonders hervorgehoben ist, und wo Gründe (Ausnahmeumstände) diese Annahme rechtfertigen. Eine Hervorhebung durch die Worte „von Amtswegen" oder durch eine andere zweifelsfreie Ausdrucksweise findet sich aber in den §§ 139, 141—144 nicht; auch handelt es sich hier nicht um Ausnahmefälle, in denen die Annahme eines reinen Offizialrechtes sich

zweifelsfrei begründen ließe. Die §§ 139, 141—144 berechtigen und verpflichten das Gericht, auf Vollständigkeit des tatsächlichen Materials hinzuwirken, jedoch unbeschadet des Rechtes der Partei, die richterlichen Anregungen nicht zu benutzen und Beweis nicht anzutreten.

Sehen wir uns die Vorschriften einzeln an.

§ 139 lautet:

„Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden."

Die hiernach dem Vorsitzenden auferlegte Fragepflicht soll dahin wirken, daß die Parteien alles zur Wahrung ihrer Rechte Erforderliche tun. Die Partei soll zur bestimmten Beantwortung der Erklärungen des Gegners veranlaßt werden[1]. Sie ist auf die Lücken ihres Vortrags hinzuweisen, nicht ist sie erst durch das Urteil darüber aufzuklären und zu überraschen. Ein klassisches Beispiel aus der Praxis, wie nicht vorgegangen werden darf, bringt Levin[2]:

„Es war Klage erhoben auf Räumung einer Wohnung

[1] Die Aufforderungspflicht zur Erklärung über die Eideszuschiebung ist dem Gericht im § 455 besonders auferlegt worden. Im amtsgerichtlichen Verfahren ist nach § 551 wegen unterbliebener Erklärung „eine Urkunde nur dann als anerkannt anzusehen, wenn die Partei durch das Gericht zur Erklärung über die Echtheit der Urkunde aufgefordert ist." Auch hierin ist kein Offizialrecht, sondern ein Initiativrecht, eine unmaßgebliche Aufforderungspflicht im Dienste des Parteiinteresses zu sehen.

[2] Seite 118.

wegen fortgesetzter erheblicher Verfehlungen gegen die Hausordnung. Das Vorhandensein der Übertretungen war in erster Instanz durch eine umfangreiche Beweisaufnahme festgestellt, und es war daher vom Amtsgericht der Räumungsklage stattgegeben worden. Der Mieter legte Berufung ein. Das Landgericht verkündete die Abänderung des ersten Urteils und Abweisung der Klage mit der Begründung, es seien zwei schwere Verfehlungen gegen die Hausordnung erwiesen; aber der Kläger habe nicht behauptet, daß der Mieter gehörig „abgemahnt“ [1] worden sei. Der Anwalt des Klägers war tatsächlich in der Lage, etwa 13 solcher Mahnbriefe vorzulegen.“

Durch eine kurze Frage hätte hier das Gericht die Lücke ergänzen können und müssen.

Die Partei ist darauf aufmerksam zu machen, wenn sie eine bedeutsame in ihren Schriftsätzen enthaltene Tatsache in ihrem Vortrage übergeht. Ganz unhaltbar wäre es, gegen die Partei zu erkennen, weil sie es unterlassen hat, eine im Schriftsatz behandelte Tatsache zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung zu machen. Auch ist es unerheblich für die Pflicht, zu fragen, ob die Partei das Lückenhafte ihrer Angaben erkennen konnte oder nicht, vorausgesetzt, daß es sich nicht etwa um einen offenbar aussichtslosen und nur zur Verschleppung angestrengten Prozeß handelt. Die richterliche Initiative soll darauf gerichtet sein, „daß die Sache erschöpfende Erörterung finde.“ (§ 136 III.) Auch die Gelegenheit zur Abgabe sachgemäßer Erklärungen darf den Parteien nicht geraubt werden; erforderlichen-

[1] § 553 BGB.

falls ist die Verhandlung zu vertagen oder die schon geschlossene wieder zu eröffnen.

Dagegen bürdet § 139 I dem Gericht nicht die Pflicht auf, dahin zu wirken, daß der Anwalt sachgemäße Anträge stelle. Diese Pflicht hat nach § 502 I nur der Amtsrichter gegenüber der Partei.

§ 139 II verpflichtet den Vorsitzenden ausdrücklich, „auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten." Das bezieht sich insbesondere auf Prozeßvoraussetzungen. Hier hat das Gericht zur Beibringung der erforderlichen Nachweise aufzufordern (vgl. § 335 I Ziffer 1), nicht etwa sie selbst von Amtswegen herbeizuschaffen.

Die Aufklärungspflicht erstreckt sich nur auf die tatsächliche Urteilsgrundlage. Nicht muß das Gericht auf eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes (anders § 264 StPO.) und auf rein rechtliche Zweifel hinweisen, zu denen die Partei keine Stellung genommen hat, wennschon auch ein Hinweis darauf wünschenswert ist. Denn das Gericht hat auch über Rechtsfragen die Parteivertreter anzuhören. Die Parteivertreter sollen zur Rechtsfindung mithelfen, sie haben das Recht und die (wenn auch nicht erzwingbare) Pflicht, in ihren Vorträgen das Streitverhältnis in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu behandeln. (§ 137 II.)

Eine Pflicht zur Beantwortung der Fragen besteht nicht; jedoch ist das Gericht nicht gehindert, aus der Nichtbeantwortung zulässiger Fragen Schlüsse zu ziehen. Denn das Verhalten der Partei ist ein Teil des Verhandlungsinhalts, und das Gericht entscheidet unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhand-

lungen nach freier Überzeugung darüber, ob eine Behauptung bewiesen oder nicht bewiesen ist. (§ 286 I 1.) Die Nichtbeantwortung einer Frage kann im Einzelfall als Indiz bei der Bildung der Überzeugung des Gerichts von Bedeutung sein[1].

Der Vorsitzende und nach § 139 III auch die Beisitzer sind dafür verantwortlich, daß der Sachverhalt erschöpfend klargelegt wird, soweit es dem Willen der Parteien entspricht. Die Nichtausübung der Fragepflicht ist ein wesentlicher Mangel des Verfahrens (§ 539); auch kann die Revision auf Verletzung des § 139 gestützt werden[2], wenngleich mit der Beschränkung, daß die Tatsachen, die den Mangel ergeben, in der Revisionsbegründung nach § 559 in Verbindung mit § 554 III Ziffer 2 b anzugeben sind.

Immerhin aber haben sich die Fragen in der Richtung des mutmaßlichen Parteiwillens zu halten. § 139 gibt dem Gericht kein Inquisitions-, sondern nur ein Initiativrecht[3].

---

[1] Communis opinio. Vor einer unzulässigen Verallgemeinerung ohne Prüfung des Einzelfalles warnt Wach, Vorträge, S. 75 mit den Worten: „Es muß als Mißbrauch und Verirrung gekennzeichnet werden, wenn das Schweigen auf eine Frage oder die Weigerung der Antwort als nachteiliges Indiz oder gar als stillschweigendes Zugeständnis behandelt wird.

[2] Ebenso alle neueren Reichsgerichtsentscheidungen. Vgl. die Nachweise bei Seuffert Anm. 1 c zu § 139. In den Entwürfen heißt es noch: Der Vorsitzende „kann" hinwirken. Das „kann" ist in „hat" umgewandelt worden.

[3] Reichsgericht, VI. Senat, vom 16. Novbr. 1911 in der J. W. 1912 S. 198 Nr. 21: „Die richterliche Fragepflicht kann nicht dahin gehen, die Parteien zu Anführungen und Anträgen zu zwingen, die sie nicht machen und nicht erheben wollen." — Anderer Ansicht Schneider S. 107: „Der Richter soll nachfragen, unerbittlich und bis ins einzelnste nachfragen — im üblichen

Übrigens ist trotz der richterlichen Aufklärungspflicht auch heute noch eine Abweisung durch Prozeßurteil (absolutio ab instantia) wegen Unklarheit des Klaggegenstandes begrifflich denkbar; insbesondere im amtsgerichtlichen Verfahren ist es nicht ausgeschlossen, daß der Fall praktisch wird. Ist der Kläger nicht einmal zur Individualisierung seines Klaggegenstandes zu bewegen, so ist ein konkretes materielles Rechtsverhältnis überhaupt nicht in lite, es kann also auch nicht darüber entschieden werden; für ein Sachendurteil fehlt jegliche Grundlage. Der Kläger kann daher allein durch Prozeßendurteil (absolutio ab instantia) abgewiesen werden. Ist dagegen der Klaggegenstand mindestens individualisiert, seine tatsächliche Grundlage wohl erkennbar, fehlt es nur an der Schlüssigkeit und kann sie nicht ergänzt werden, so ist ein konkretes Rechtsverhältnis vorhanden, über das entschieden werden kann; hier ist Raum für ein Sachendurteil, für eine absolutio ab actione[1].

Deutsch: „inquirieren“ — den Parteien durch Kreuz- und Querfragen auf den Leib rücken, ihnen in ihrem Vorbringen nachgehen, dasselbe alsbald auf seine Glaubwürdigkeit und Schlüssigkeit kontrollieren, unter Umständen die Parteien den Inhalt ihrer Abmachungen Wort für Wort mitteilen lassen.“ — Ein so von dem übrigen Inhalt der Prozeßordnung abweichendes Recht hätte der besonderen Hervorhebung bedurft.

[1] Ebenso: Wach, Vorträge, S. 74, Anmerkung; Schneider S. 126 Anmerkung; Skonietzki-Gelpcke Anm. 6a zu § 139: „Das Befragen dient dazu, eine Zurückweisung angebrachtermaßen möglichst zu vermeiden.“ — Eine Abweisung nur durch Prozeßurteil halten in diesem Fall für unmöglich: z. B. Stein zu § 139 Anm. VI; Seuffert zu § 139 Anm. 1e; Stölzel Bd. II S. 146 bis 147; RG., II. Senat, vom 24. Febr. 1882, Bd, VI, S. 358; unentschieden: RG., VI. Senat, vom 16. Okt. 1902 Bd. 52 S. 328; vgl. auch RG., VII. Senat, vom 10. Juli 1908 in der J. W. 1908 S. 557 Nr. 19.

Eine wichtige Ergänzung der Fragepflicht enthält § 141 I:

„Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei zur Aufklärung des Sachverhaltes anordnen."

Das Gericht kann Gelegenheit nehmen, seine Fragen, die es nach § 139 stellen kann, der Partei persönlich vorzulegen. Es kann die Partei selber zur Aufklärung des Sachverhaltes auffordern, beim Erscheinen ihre persönliche Glaubwürdigkeit, wie die eines Zeugen, prüfen und das Ergebnis bei der Beweiswürdigung verwerten. Jedoch besteht keine Pflicht der Partei, zu erscheinen. Das Gericht kann nicht das Erscheinen erzwingen. (Anders in Ehe-, Familienstands- und Entmündigungssachen.) Hier kann Vorführung erfolgen[1]. Das Offizialrecht ist aber da überall ausdrücklich hervorgehoben. (Vgl. § 619 III und die Verweisung in § 640; § 654 I und die Verweisungen in den §§ 671 I, 676 III.) Dagegen ist das Gericht nach § 286 nicht gehindert aus dem Ausbleiben Schlüsse zu ziehen; das Gericht kann aus dem Nichterscheinen als Indiz unter Umständen eine bestimmte Überzeugung gewinnen[2].

Nach § 142 I kann das Gericht, ohne die förmliche Beweisantretung der Partei abwarten zu müssen, „anordnen, daß eine Partei die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie sich bezogen hat, sowie Stammbäume, Pläne, Risse und sonstige Zeichnungen vorlege."

Die Anordnung zur Vorlegung von Urkunden setzt voraus, daß die Partei sie in Händen und sich darauf

---

[1] Übrigens kann die erschienene Partei in Ehesachen nach § 619 nicht zur Abgabe einer Erklärung gezwungen werden.

[2] Communis opinio. Was hier gesagt ist, gilt entsprechend auch für die nachstehend besprochenen Fälle der §§ 142—144.

in der Verhandlung zur Beweisführung bezogen hat. Zum Unterschiede von § 423 enthält zwar § 142 die Worte „zur Beweisführung“ nicht. Was sollte aber sonst die Bezugnahme bezwecken[1]? Die Vorlegung der Urkunde dient nicht nur zur Information, sondern auch zum Beweise bestrittener Behauptungen. In dem Recht zur Anordnung liegt aber doch keine Durchbrechung der Dispositionsmaxime: Das Gericht kann die Beweisaufnahme anordnen, d. h.: es braucht den förmlichen Parteiantrag dazu nicht abzuwarten; durch ihre Bezugnahme hat die Partei kundgetan, daß sie die Urkunde, die sie in Händen hat, deren Inhalt sie also kennt, zum Beweise benutzen will.

Auch ohne Bezugnahme kann dagegen die Vorlegung von Stammbäumen usw. angeordnet werden, ja sogar, wenn die Partei sie nicht in Händen hat oder sie überhaupt erst anzufertigen sind. Die Einsichtnahme in die Stammbäume und Zeichnungen ist Augenscheinseinnahme.

Hierfür nun und für den Sachverständigenbeweis bestimmt § 144 I allgemein:

„Das Gericht kann die Einnahme des Augenscheins, sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.“

Zur Anordnung ist das Gericht nicht bloß zu seiner Information, zur Aufklärung unbestrittener Tatsachen befugt[2], sondern auch zum Zwecke des Beweises streitiger und noch nicht festgestellter Behauptungen. Einer Bezugnahme wie bei Urkunden (§ 141 I) bedarf es nicht.

---

[1] Communis opinio. Vgl. besonders Siegel S. 96.

[2] So Skonietzki-Gelpcke Anm. 3 zu § 144; Langenbeck S. 485; Trutter S. 170/71. — Eine solche Beschränkung sieht das Gesetz nicht vor.

Aber trotzdem enthält auch diese Vorschrift keine Durchbrechung der Verhandlungsmaxime. Auch § 144 gibt dem Gericht kein Inquisitions-, sondern nur ein Initiativrecht; das Gericht hat das Recht zu einer unmaßgeblichen Anregung. Der Richter braucht eine förmliche Beweisantretung der Partei nicht abzuwarten, sondern kann von sich aus eine Beweisaufnahme durch Vernehmung von Sachverständigen, durch Einnahme des Augenscheins anordnen, wenn er dies für zweckmäßig hält, und wenn nicht die Parteien ausdrücklich und übereinstimmend widersprechen. Auch dann, wenn nur eine Partei widerspricht, die andere dagegen der Beweisaufnahme gleichgültig gegenübersteht, kann er sein Initiativrecht ausüben. Aber gegen den ausdrücklichen und übereinstimmenden Willen beider Teile kann er diese Maßnahme nicht treffen[1]. Er hat nicht das Recht, durch Anordnung eines Sachverständigenbeweises den Parteien Kosten zu bereiten, die sie sich ersparen wollen. Insbesondere darf er nicht den Sachverständigenbeweis unter Abschneidung, unter Ausschaltung anderer Beweisantretungen anordnen. Hierin unterscheidet sich gerade, wie meist übersehen wird[2], das dem Gericht nach § 144 zustehende Initiativrecht

[1] Anderer Ansicht z. B. Stein, Vorwort zum achten Titel des zweiten Buches; Seuffert Anm. 1 zu § 144; Weißmann Bd. 1 S. 132; Schneider S. 140 fg.: „Unbekümmert um Parteianträge oder -wünsche soll und darf der Richter den noch sichtbaren Teil des ursprünglichen Sachverhaltes, sowie alle sinnlich wahrnehmbaren Umstände, die einen Rückschluß auf selbigen gestatten, der eigenen Wahrnehmung unterwerfen und die Ergebnisse davon vergleichend neben die Behauptungen der Parteien stellen; er soll auf diese Weise durch jene Behauptungen gewissermaßen hindurch zu dem ursprünglichen Sachverhalte hindurchzudringen versuchen."

[2] Vgl. z. B. Stein Anm. III 3 zu § 287.

von dem Offizialrecht aus § 287 I 2[1]. Wollte § 144 in der Tat eine Ausnahme von dem Prinzip der Verhandlungsmaxime aufstellen, so wäre dies sicherlich ebenso klar hervorgehoben worden, wie es in den anderen herangezogenen Fällen geschehen ist[2].

Der Sachverständige ist Richtergehilfe. (Vgl. § 406.) Aus dieser Eigenschaft könnte man wohl schließen, der Richter sei ganz unabhängig vom Parteiwillen zur Hinzuziehung Sachverständiger befugt. Diese gegenteilige (herrschende) Meinung ist de lege lata abzulehnen. Der Beweis durch Sachverständige untersteht der Verhandlungsmaxime. Das ergibt sich nicht nur aus § 404 IV, sondern dafür spricht insbesondere auch § 403. Danach muß der richterlichen Anordnung des Sachverständigenbeweises eine Beweisantretung durch die Partei vorangehen. Diese Vorschrift wäre nicht bloß entbehrlich, sondern die Aufstellung dieser allgemeinen Regel wäre unerklärlich, wenn das Gericht allgemein ex officio

---

[1] Vgl. § 11 der Abhandlung.

[2] Die im Text vertretene Anschauung teilt Wach, Vorträge S. 77 fg.: „Wie immer die Parteien ihren Willen, das Augenscheinsobjekt als Überzeugungsmittel zu benutzen, im Prozeß bekundet haben, allemal kann der Richter die Beweisaufnahme, den „Augenschein", d. h. die sinnlich eigene Wahrnehmung anordnen. Eines ausdrücklichen, formell darauf gerichteten ‚Antrags' bedarf es nicht." — Treffend auch Planck § 97 S. 103: „Eine Vermehrung der zu benutzenden Beweismittel von Amtswegen ohne (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Parteiantrag steht dem Gericht auf dem der freien Parteidisposition unterliegenden Gebiet nicht zu." — Ebenso Stölzel Bd. I S. 76; Kleinfeller, Lehrbuch § 56 S. 181.

Auch § 501 in allen seinen Teilen enthält keine Durchbrechung der Parteiherrschaft. Seine Besonderheit ist: Die Anordnungen können im amtsgerichtlichen Verfahren vor einer mündlichen Verhandlung erfolgen.

diesen Beweis anordnen könnte. Auch die Hervorhebung in § 3 — Zur Ermittlung des Streitwertes kann das Gericht „von Amtswegen“ die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen — wäre dann unterblieben. Die §§ 403, 404 IV, 3 zeigen, daß aus § 144 I — dasselbe gilt für die §§ 142 III, 372 I, 412, 442 — kein schrankenloses Offizialrecht herzuleiten ist. Zweifellos wäre diese Durchbrechung der Verhandlungsmaxime nicht nur im Gesetz[1], sondern auch in den Motiven unzweideutig hervorgehoben worden. Die richterliche Befugnis aus § 144 I durchbricht nicht die Parteiherrschaft, sie findet ihre Schranke am ausdrücklichen und übereinstimmenden gegensätzlichen Willen der Parteien.

Zu erwähnen sind an dieser Stelle auch die §§ 45 und 102 HGB. Sie handeln von der Einsichtnahme in die Handelsbücher einer Partei und in das Tagebuch eines Handelsmäklers. Dies ist kein reiner Urkundenbeweis. Vielmehr soweit es sich um die Unversehrtheit und Unvollständigkeit der Bücher im ganzen handelt, ist die Einsicht in diese Bücher Augenscheinseinnahme. Daher, weil sie bei formaler Vollständigkeit häufig vollen Beweis erbringen, wie das Augenscheinsobjekt, ist das Gericht auch zur Anordnung der Vorlegung dieser Bücher nach den §§ 45 und 102 HGB. ohne förmliche Beweisantretung einer Partei befugt. Beide Vorschriften enthalten zwar die Worte „von Amtswegen“, man wird aber trotzdem aus diesen Paragraphen

[1] Vgl. z. B. § 293. Danach ist unbekanntes ausländisches Recht von den Parteien nachzuweisen. Das Gericht aber „ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.“

kein Inquisitionsrecht herleiten dürfen. Man darf nicht annehmen, daß das HGB. in diesen zwei Fällen Ausnahmen von einer grundlegenden Prozeßregel aufstellen wollte. Aus der Regel, daß ein Offizialrecht nicht angenommen werden darf, wo der Ausdruck „von Amtswegen“ oder eine ähnliche Hervorhebung fehlt, folgt nicht umgekehrt: Überall, wo die Worte „von Amtswegen“ sich finden, sei ein Offizialrecht anzunehmen. Diese Umkehrung ist zwar für die in sich abgeschlossene und in der Terminologie relativ genaue Zivilprozeßordnung richtig, nicht aber auch für alle anderen Gesetze. Bei den oben herangezogenen §§ 3, 437 II, 622 II, 653 I, 968 läßt sich die Annahme von Offizialrechten auch, von dem Wortlaut abgesehen, durch besondere Gründe rechtfertigen. Solche besonderen Umstände fehlen aber bei den §§ 45, 102 HGB. Auf den Wortlaut allein kann niemals entscheidender Wert gelegt werden. Die Richtigkeit der Auslegung wird bestätigt durch folgende Erwägung: Die Worte „auf Antrag oder von Amtswegen“ sind in den §§ 45 und 102 HGB. offenbar gewählt, um die Wiederholung zu vermeiden: „Das Gericht kann auf Antrag oder auch ohne Antrag . . . anordnen.“ In diesem Sinne sind jedenfalls die angezogenen Paragraphen auszulegen. Sie geben dem Gericht nur Initiativrechte; dagegen kann der Richter nicht gegen den ausdrücklichen Willen der Parteien die Vorlegung anordnen.

Wohl ist die Frage berechtigt: Warum braucht das Gericht nur für den Beweis durch Augenschein, für den Beweis durch Sachverständige eine formelle Beweisantretung nicht abzuwarten? Warum hat es dieses Initiativrecht nicht auch für die anderen Beweismittel?

Die Antwort liegt nicht fern: Für den Beweis durch Augenschein ist dem Gericht das Initiativrecht wegen der Eigenart dieses Beweises gegeben; der Augenschein ist die Krone alles Beweises; denn er ist unmittelbarer Beweis. Der Augenschein liefert, soweit das Objekt vorhanden ist, vollen und unwiderleglichen Beweis. Daher werden durch die Augenscheinseinnahme oft andere umfangreiche Beweisaufnahmen entbehrlich. Für den Beweis durch Sachverständige ist dem Gericht das Recht gegeben, da der Sachverständige Richtergehilfe[1] ist. Nur das Gericht selbst kann wissen, ob es genug Sachkunde zur Beurteilung des Falles hat oder nicht.

Schließlich ist hier noch § 143 heranzuziehen; auch er gibt dem Gericht ein Initiativrecht:

„Das Gericht kann anordnen, daß die Parteien die in ihrem Besitze befindlichen Akten vorlegen, soweit dieselben aus Schriftstücken bestehen, welche die Verhandlung und Entscheidung der Sache betreffen."

Einer Beweisantretung oder Bezugnahme bedarf es nicht. Trotzdem aber ist in der Befugnis eine Durchbrechung der Verhandlungsmaxime nicht zu sehen. Denn es wäre ganz undenkbar, daß sich diese Vorschrift auf Privatgeheimnisse, z. B. Korrespondenzen, Privatgutachten,

[1] Aus der Eigenschaft des Sachverständigen als Richtergehilfe folgt aber keineswegs, wie hier nochmals hervorgehoben werden mag (vgl. S. 20 fg. der Abhandlung): Das Gericht könne stets, auch gegen den ausdrücklichen übereinstimmenden Parteiwillen, den Sachverständigenbeweis anordnen. Das Gericht darf den Parteien nicht Kosten bereiten, die sie sich ersparen wollen. Kann sich das Gericht ohne Sachverständige nicht überzeugen, so trägt der Beweispflichtige den Schaden, wenn er der Zuziehung eines Sachverständigen widerspricht.

beziehen solle[1]. Hauptsächlich handelt es sich hier um eine Ergänzung der Gerichtsakten, soweit sie lückenhaft sind. Wird etwa dem Gericht durch die Einsichtnahme neuer Prozeßstoff bekannt, so darf es ihn bei der Entscheidung nur benutzen, wenn die Parteien ihn nachträglich zum Gegenstand ihrer Verhandlungen gemacht haben.

Gegen die Bedeutung, die im Vorstehenden dem Fehlen der Worte „von Amts wegen" beigemessen ist, könnte man einwenden: Die §§ 145 fg. enthalten auch nur die Worte: „das Gericht kann anordnen", es findet sich hier dieselbe Ausdrucksweise wie in den §§ 141 bis 144; die Worte „von Amts wegen" fehlen auch hier, und trotzdem geben die §§ 145 fg. dem Gericht Befugnisse, bei deren Ausübung es von dem Willen der Parteien ganz unabhängig ist; folglich kann man aus dem Wortlaut der §§ 141—144 nicht schließen, daß sie dem Gericht bloß Initiativrechte und keine Inquisionsrechte geben.

Der Schluß ist nicht richtig. Denn die §§ 145 fg. behandeln einen anderen Gegenstand wie die vorhergehenden Paragraphen, handeln nicht von der Stoffsammlung, sondern von der formalen Prozeßleitung. Daß das Gericht bei der Ausübung seiner formalen Prozeßleitungsbefugnisse ganz unabhängig von dem Parteiwillen ist, ergibt sich aus der Sache selbst; folglich bedarf das in den §§ 145 fg. keiner Hervorhebung. Das Gesetz hält

[1] Ein inquisitorisches Eindringen hält auch Levin S. 138 für unzulässig, entgegen seiner Grundanschauung (S. 117): Die weiteste Auslegung des Gesetzes ist geboten und jede Einschränkung abzulehnen, die der Feststellung des wirklichen Sachverhalts zuwider wäre.

auf dem Gebiete der formalen Prozeßleitung die Hervorhebung des Offizialrechtes begreiflicherweise nicht für erforderlich. Das wird durch einen Vergleich des § 504 III mit § 594 besonders deutlich. Danach darf im amtsgerichtlichen Verfahren sowie im Urkunden- und Wechselprozeß auf Grund prozeßhindernder Einreden die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigert werden; doch kann das Gericht ex officio, ganz unabhängig vom Parteiwillen, die abgesonderte Verhandlung über diese Einreden anordnen. Dieses Offizialrecht ist im § 594 durch die Worte „von Amts wegen" hervorgehoben, nicht aber im § 504 III, während im übrigen beide Gesetzesstellen wörtlich übereinstimmen. Trotzdem im § 504 III — ebenso wie in den §§ 145 fg. — eine besondere Hervorhebung fehlt, hat die hier dem Richter gewährte Befugnis genau denselben Umfang wie die aus § 594. Die formalen Prozeßleitungsbefugnisse sind nach ihrem Wesen ohne weiteres als unumschränkte Offizialrechte anzusprechen; einer besonderen Hervorhebung im Gesetz bedarf dies nicht. Anders dagegen ist es mit den richterlichen Rechten auf dem Gebiete der Stoffsammlung. Die Stoffsammlung ist grundsätzlich Sache der Parteien; neuen Entscheidungsstoff darf das Gericht im allgemeinen gegen den Willen der Parteien in den Prozeß nicht einführen. Ausnahmen von dieser Prozeßregel bedürfen der besonderen Hervorhebung. Dies ist auch stets im Gesetz geschehen, wie an den §§ 3, 437 II, 622 II, 653 I, 968 gezeigt ist. Auch müssen für die Annahme eines Offizialrechtes auf dem Gebiete der Stoffsammlung, vom Gesetzeswortlaut abgesehen, der niemals allein entscheidend sein kann, immer besondere Gründe vorhanden sein.

Das bisherige Ergebnis ist folgendes: Die Stoffsammlung ist grundsätzlich Sache der Parteien. Dagegen kann in einzelnen ausdrücklich hervorgehobenen Fällen und aus besonderen Gründen das Gericht ex officio, losgelöst von jeder Beschränknng, Entscheidungsstoff sammeln. Zwischen diesen beiden Kategorien aber, den reinen Parteirechten und den unumschränkten Offizialrechten, steht noch eine dritte Gattung: nämlich die Initiativrechte. Dies sind richterliche Rechte auf dem Gebiet der Stoffsammlung, die an dem entgegengesetzten, ausdrücklichen und übereinstimmenden Parteiwillen ihre Schranke finden.

Eine solche Dreiteilung steht im Zivilprozeßrecht nicht vereinzelt da. Ganz entsprechend lassen sich auch die Prozeßmängel in drei Arten einteilen[1]:

Es gibt absolut unverzichtbare Prozeßmängel. Sie sind stets von Amts wegen zu beachten. Hierher gehört z. B. der Mangel der Parteifähigkeit, der Prozeßfähigkeit, das Fehlen der Legitimation des gesetzlichen Vertreters (§ 56). Weiter ist die Legitimation des Bevollmächtigten im Parteiprozeß (§ 88 II) und die Legitimation des klagenden Vertreters in Ehe- und Familienstandssachen (§§ 613, 640), ebenso die Zulässigkeit des Rechtsweges (§ 17 GVG.) und die Zuständigkeit in nicht prorogierbaren Sachen (§ 40 II) stets ex officio zu prüfen.

Im konträren Gegensatz zu den absolut unverzichtbaren stehen die absolut verzichtbaren Prozeßmängel. Sie sind nie von Amts wegen zu beachten.

---

[1] Die folgende Einteilung ist der Zivilprozeßvorlesung von Langheineken entlehnt.

Hierher ist z. B. die fehlende Legitimation des Gegners im Anwaltsprozeß (§ 88 I), die mangelnde Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten seitens des ausländischen Klägers (§§ 110—113, 274 II Ziffer 5), das Fehlen unwesentlicher Bestandteile der Klageschrift (§ 253 III u. IV) zu rechnen. Auch die mangelnde Gerichtsunterworfenheit wegen Vereinbarung eines Schiedsgerichts (§ 274 II Ziffer 3) dürfte hierher gehören.

In der Mitte zwischen diesen beiden Kategorien stehen die relativ verzichtbaren Prozeßmängel. Sie sind nur bei Versäumnis des Gegners von Amts wegen zu rügen. Zu diesen Mängeln zählen z. B.: das Fehlen wesentlicher Bestandteile der Klageschrift (§ 253 II u. arg. § 335), die nicht ordnungsmäßige Form der Klageerhebung (§ 335 Ziffer 3) und der Ladung (§ 335 Ziffer 2). Auch die Zuständigkeit in prorogierbaren Sachen ist nur beim Ausbleiben des Gegners von Amts wegen zu prüfen. Ebenso gehört hierher die Rechtshängigkeit (§ 274 Ziffer 4).

Dies Letztere ist zwar nicht die allgemeine Anschauung: Nach der Ansicht der Mehrheit vielmehr ist die doppelte Anhängigkeit derselben Streitsache niemals ex officio zu beachten. Die Anhänger dieser Anschauung können sich auf den Wortlaut des § 263 berufen. Dort heißt es, die Rechtshängigkeit bewirkt unter anderem, daß der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erheben könne. Daraus wird gefolgert, der Richter dürfe niemals von sich aus, sondern nur nach Geltendmachung der (verzichtbaren) Einrede die doppelte Anhängigkeit berücksichtigen. — Nach anderer Ansicht ist die Rechtshängigkeit stets ex officio zu beachten. Der Partei sei es versagt, die staatlichen

Rechtspflegeorgane wegen ihres Streites doppelt in Anspruch zu nehmen.

Die Regelung im letzteren Sinne wäre vielleicht wünschenswert; im geltenden Rechte findet diese Lehre jedoch keine Grundlage. Nirgends findet sich in der Prozeßordnung die Bestimmung, der Richter könne von sich aus die Rechtshängigkeit beachten. Daher geht die communis opinio mit Recht dahin, die Einrede der Rechtshängigkeit sei eine verzichtbare prozeßhindernde Einrede. Dieser Prozeßmangel darf nicht gegen den Willen der Parteien von Amts wegen berücksichtigt werden. Ist der Streit aber schon anderswo anhängig, und es erscheint der Gegner in dem neuen Prozesse nicht, so ist zu vermuten, aus seinem Nichterscheinen zu schließen, daß er die Einlassung auf die zweite Klage verweigert. Aus diesem Grunde ist die Rechtshängigkeit im Versäumnisfalle ex officio zu prüfen. Die Rechtshängigkeit in einem anderen Verfahren ist für den neu erhobenen Prozeß ein relativ verzichtbarer Prozeßmangel [1].

Hiernach bilden die relativ verzichtbaren Prozeßmängel einen ähnlichen Zwischenbegriff wie die Initiativrechte auf dem Gebiete der Stoffsammlung.

Anhang.

Von den Reformbestrebungen auf dem Gebiete des Zivilprozeßrechts.

In unserer reformfreudigen Zeit drängt sich die Frage auf: Erfüllt bei dieser Ausgestaltung der Dispositionsmaxime der Zivilprozeß seine Aufgabe?

[1] Ebenso mit derselben Begründung Langheineken in seiner Zivilprozeßvorlesung.

Der Zivilprozeß dient bestimmungsgemäß der Durchführung der subjektiven Privatrechte. Wegen dieser Aufgabe ist es durchaus zweckmäßig, daß die Zivilprozeßordnung dem Gericht eine ganz andere Stellung den Parteien gegenüber anweist wie die Strafprozeßordnung für den Strafprozeß. Im Zivilprozeß sind die Parteien die Herren; sie haben die Verfügung über den Prozeßinhalt und den Prozeßlauf. Dagegen wäre es verfehlt, wenn die Parteien das Gericht irgendwie leiten und in seinen Beschlüssen beeinflussen könnten. Eine solche Stellung weist die Zivilprozeßordnung dem Gericht nicht an.

Vielmehr ist der Rechtsschutzsuchende der staatlichen Entscheidungs- und Befehlsgewalt unterworfen. Eine Gefahr, daß das Gericht zum Spielball der Parteien werde und nach ihren Launen über Narrenanträge, über Illusionen entscheiden müsse, ist nicht vorhanden. Abgesehen von seinem Rechte, über die Partei Ordnungsstrafen nach § 179 GVG. verhängen zu können, ist das Gericht auch in der Lage, unsinnige Anführungen in der Sache schnell abzuweisen dadurch, daß es sie für offenkundig unbegründet erachtet. (§ 291.)

Eines uneingeschränkten Wahrheitserforschungsrechtes kann das Gericht im ordentlichen Verfahren entbehren, es würde dadurch auch nur zwecklos belastet werden. Die Beibringung des Tatsachenmaterials kann den Parteien in der Hauptsache überlassen bleiben. Denn ihr Interesse an der Durchsetzung ihrer behaupteten Rechte ist fast immer so mächtig, daß sie schon von selbst alles zur Ermittlung des wahren Tatbestandes erforderliche Material anbieten. Meist sind sie dabei eifriger als der eifrigste Staatsanwalt. Ein Fall wie der Seite 4 ge-

schilderte wird praktisch nur selten vorkommen. Sollten aber wirklich einmal trotz der Anregung des Gerichts die Parteien der Einführung eines Beweismittels in den Prozeß widersprechen, so leidet dann, wenn dadurch die materielle Wahrheit nicht an den Tag kommt, das öffentliche Interesse keinen Schaden. Nur soweit die Parteien streiten und vom Staat Schutz begehren, hat dieser ein Interesse an der Verwirklichung seiner Privatrechtsordnung. Das Gericht hilft den Parteien durch Ausübung seiner Initiativrechte. Wollen sie jedoch ein bestimmtes Beweismittel nicht benutzen, widersprechen sie z. B. übereinstimmend der Einnahme des Augenscheins, so entscheidet eben das Gericht, wenn es die Überzeugung von der Wahrheit der beweisdürftigen Behauptung nicht erlangt hat, gegen den Beweispflichtigen. Es ist durchaus angebracht, daß die Parteien letzten Endes den Umfang des Streit- und Beweisstoffes zu bestimmen haben, damit ihnen nicht die Prozeßführung in ihren privaten Angelegenheiten verleidet oder praktisch gar im Einzelfalle unmöglich gemacht werde.

Erforderlich aber ist, daß das Gericht von seinen Initiativrechten auch ausgiebigen Gebrauch macht. Es wird soviel darüber geklagt, daß das Gericht der Partei selbst zu fern stehe, immer auf den Anwalt angewiesen sei und daher oft der Partei Unrecht tue. Würde man das geltende Recht erschöpfen, so wären diese Klagen weit weniger berechtigt. Wie verhältnismäßig selten wird das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet! Dem Gericht ist die Möglichkeit gegeben, die Partei selbst zu befragen, über eine mangelhafte Information des Anwalts hinwegzukommen. Mancher umfangreiche Prozeß könnte durch persönlichen Verkehr des Richters

mit der Partei auf wenige Streitpunkte zurückgeführt werden. Aber nur in den dringendsten Fällen werden die Parteien selbst vorgeladen, und noch seltener kommen sie ausgiebiger zu Wort. Die meisten Gerichte scheuen sich, infolge ihrer Überlastung mit der Partei selbst in zeitraubende Erörterungen einzutreten, nur zu Vergleichszwecken sind sie dazu geneigt. Ehe man nach Reformen verlangt, werde man sich erst einmal seiner Aufklärungspflicht, aller seiner Initiativrechte bewußt, wende das geltende Recht an und sehe zu, ob dann nicht ein großer Teil der Klagen über unseren heutigen Prozeß seinen Grund verliert.

Das Gericht hat auch Mittel genug an der Hand, Verschleppungen einer Partei entgegenzutreten. Einmal kann es nach § 279 (vgl. auch §§ 529 III, 540) nachträglich von dem Beklagten vorgebrachte Verteidigungsmittel auf Antrag zurückweisen, „wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß der Beklagte in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Verteidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat". Weiter hat nach § 95 das Gericht, und zwar von Amts wegen, der Partei die Kosten unter Abtrennung von den übrigen aufzuerlegen, die sie dadurch verursacht, daß sie „einen Termin oder eine Frist versäumt, oder die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung oder die Verlängerung einer Frist durch ihr Verschulden veranlaßt". Solche Kosten können von Amts wegen nach § 102 auch dem Rechtsanwalt selbst auferlegt werden, wenn ihn grobes Verschulden trifft. Das

Gericht kann sogar, wenn die Partei oder ihr Vertreter schuldhaft den Prozeß verschleppt, von Amts wegen nach § 48 I GKG. (vgl. auch § 94 Z. 3 GKG.) die Erhebung einer besonderen Gebühr beschließen — ein erhebliches Machtmittel, von dem man wünschen kann, daß es in der Praxis mehr ausgenützt würde, als es tatsächlich geschieht.

Schließlich noch ein Wort über das Mündlichkeitsprinzip. Man glaube nur nicht, daß durch die Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich der Fortgang des Prozesses gehemmt werde. Es steht dem nichts im Wege, daß der Richter, um eine Vertagung zu vermeiden, schon vor dem Termin dem Anwalt rechtzeitig mitteilt, welche Fragen er stellen wolle, über welche Punkte er noch Aufklärung wünsche. Dieses durchaus zulässige Verfahren ist schon von verschiedenen Seiten empfohlen worden. Die mündliche Verhandlung aber ist unentbehrlich und nicht durch ein rein schriftliches Verfahren zu ersetzen. In der mündlichen Verhandlung kann die Partei am besten auf das ihr Wesentliche hinweisen, am schnellsten die dem Richter unterlaufenen Mißverständnisse klarstellen. Auch wird durch die notwendige Verhandlung oft ein umfangreicher Streitstoff wider Erwarten auf wenige Streitpunkte zurückgeführt.

Von vielen Seiten wird ja die Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung anerkannt und nur ihre Ausgestaltung im geltenden Recht bekämpft. Auch diese Reformbestrebungen wären gegenstandslos, wenn man das geltende Recht weniger engherzig und energischer handhaben würde. Es muß bezweifelt werden, daß nach dem jetzigen Rechtsstand der gesamte Inhalt der vor-

bereitenden Schriftsätze mündlich vorgetragen werden müsse und nur der tatsächlich vorgetragene Stoff als Urteilsgrundlage dienen dürfe. Diese Forderung stellt die Prozeßordnung in ihrer heutigen Gestalt — leider wird das Gegenteil allgemein angenommen — keineswegs! Es ist nicht zu bezweifeln, daß der Richter verpflichtet ist, die vorbereitenden Schriftsätze zu lesen und den Inhalt sich anzueignen, er darf sich nicht etwa einfach auf die mündliche Verhandlung verlassen. Nach § 297 IV [1] nun brauchen die Anträge, wenn das Gericht zustimmt, aus den Schriftsätzen nicht mehr verlesen zu werden, es genügt die Bezugnahme, die Verweisung in der Verhandlung auf die Niederschrift. Der Antrag ist der Hauptinhalt des Schriftsatzes, nur zu seiner Begründung wird alles andere aufgeführt. Da in dem Plus das Minus enthalten ist, so ist nach § 297 IV eine Bezugnahme auch auf den übrigen Inhalt des Schriftsatzes zulässig [2]. Das Gesetz verlangt nicht, daß der Schriftsatz in allen seinen Einzelheiten und mit dem Nebensächlichen vorgetragen werde. Mit Zustimmung des Gerichts genügt der mündliche Vortrag der Hauptrichtlinien. Die mündliche Verhandlung ist zur Erläuterung des schriftlichen Materials und zur Aufklärung von Mißverständnissen und Widersprüchen da. Dieses Verfahren wird zwar in der Praxis immerfort geübt; man glaubt aber zu Unrecht, damit gegen das Gesetz zu verstoßen. Nach richtiger Auslegung des Ge-

[1] Dieser Absatz ist durch die Novelle vom 1. Juni 1909 eingefügt.

[2] Im amtsgerichtlichen Verfahren ist nach § 502 II bei Einverständnis sämtlicher Prozeßbeteiligten eine Bezugnahme nicht nur auf die vorbereitenden Schriftsätze, sondern auf jegliche „Schriftstücke“ überhaupt zulässig.

setzes können auch die in Schriftsätzen enthaltenen Angaben im Urteil verwertet werden, auf die in der Verhandlung mit Zustimmung des Gerichts nur Bezug genommen ist. Gegen diese extensive Auslegung des § 297 IV mag zwar seine Entstehungsgeschichte sprechen; daß aber die Motive allein für die Auslegung des Gesetzes nicht maßgebend sind, ist hinreichend oft ausgesprochen worden. Das Gesetz läßt eine Bezugnahme in dem wichtigsten Punkte des Schriftsatzes zu, folglich steht auch einer Verweisung in der Verhandlung auf minder wichtige schriftliche Anführungen nichts im Wege.

Die geltende Prozeßordnung gibt allen Prozeßbeteiligten viel Freiheit. Sie ist, wie jedes menschliche Werk, zwar nicht völlig frei von Mängeln und mag in Einzelheiten reformiert werden; in ihren Grundzügen aber ist sie ein treffliches Instrument sowohl für den eifrigen Anwalt als auch für den zielbewußten Richter[1].

[1] Dieselbe Anschauung verficht letzthin wieder Wach, Grundfragen, S. 14 fg.

Alle Rechte vorbehalten.

Altenburg
Pierersche Hofbuchdruckerei
Stephan Geibel & Co.